Regulador de Servicios Públicos

Salta, 13 DIC 2023

RESOLUCIÓN ENTE REGULADOR N°: 01690/23

VISTO: Los expedientes Ente Regulador n°s 267-57.874/2023 s/ Auditoría de Facturación del Servicio de Energía Eléctrica Período Diciembre 2022 – Departamento Orán y San Martín; 267-60.071/2023 s/ Compensación por Situación Tarifaria, las Leyes Nº 6.835 y 5348, el Contrato de Concesión de EDESA S.A., las Leyes 7125 de Emergencia económica y Financiera y 6583 de Reforma Administrativa del Estado y Emergencia Económica –prorrogadas por ley 8364-; el Acta de Directorio N° 57/23; y

CONSIDERANDO:

Que por intermedio de las presentaciones referidas EDESA S.A. plantea la supuesta existencia de un derecho a compensación por desfasajes económicos que se corresponden con los últimos procesos inflacionarios que afectan a la economía del país;

Que, en efecto, en el Expediente n° 267-57.874/2023 EDESA S.A. se expidió en relación a la intimación cursada por este organismo a los efectos de que regularizara la deuda que sostenía con CAMMESA de $4.601.143.202,66, exigible al 11/10/2023;

Que, advirtió entonces sobre lo que consideró una grave crisis del sinalagma contractual de la concesión en virtud de la falta de pago de los subsidios otorgados por la Provincia a los usuarios del servicio y cuyo impacto venía sosteniendo a expensas de la tarifa reconocida, lo que a su entender se tradujo en retrasos de inversiones de obras y mora en la cancelación de las obligaciones para con CAMMESA;

Que, agregó que el ajuste otorgado por Resolución ENRESP n° 615/22 (con costos reconocidos a Marzo/2022) era insuficiente puesto que se correspondía con niveles de inflación inferiores al promedio mensual del 5,5% que caracterizó el año 2022;

Que, calculó que el impacto de la inflación oficial sobre el VAD reconocido por las resoluciones n°s. 615/22 y 1484/23 ascendía a la suma de $18.715.590.737. A su vez esgrimió que existe deuda de $815.743.379,12 por falta de pago de subsidios del Fondo Compensador Tarifario de EDESA S.A. y ESED S.A.;

Que, sostuvo que no se han reconocido en la Resolución 1219/23 de la Revisión Tarifaria Integral (RTI) diferentes presupuestos para la determinación del VAD y que se recurrió mediante DS 526/23 y que básicamente se resumen en: Valor de Reposición de las instalaciones en el VNR; Costos de Explotación Vinculados a considerar incorrectamente el sector lecturas como servicio terciarizado (sic); reconocimiento de una estructura de personal menor al 13% de la actualmente vigente y requerimiento adicional de agregar más personal en oficinas comerciales; reconocimiento de costos insuficientes para tareas de reconexiones, rehabilitaciones y conexiones; tasa inexistente para el costo de financiación del capital de trabajo y porcentaje de pérdida reconocido insuficiente frente a la coyuntura socio-económica vigente;

Que, argumenta que todo el cúmulo de "deudas" y/o menores reconocimientos, son las causas que en su sumatoria impiden que EDESA S.A. pueda cumplir con sus pagos regulares ante CAMMESA asociadas a la compra de potencia, energía y transporte en el Mercado Eléctrico Mayorista;

Que, por imperio del principio de concentración que campea en sede administrativa, corresponde dar tratamiento único a las actuaciones con idéntico objeto, por lo que se ordena la conexidad de los expedientes mencionados;

Que, alega la Distribuidora que el Ente Regulador de los Servicios Públicos (en adelante el ENRESP) se constituyó en responsable político y regulatorio del cumplimiento del convenio firmado por éste con la Secretaría de Energía de la Nación y EDESA S.A. en el marco de lo dispuesto por las Resoluciones SEN n° 40/21 y 371/21 que habilitaron un Régimen Especial de Regularización de Obligaciones, enmarcada en lo previsto por el artículo 87 de la Ley Nacional n° 27.591 que aprobó el presupuesto correspondiente al Ejercicio 2021;

Que, considera que ha existido incumplimiento a la obligación asumida por el ENRESP en la Cláusula Octava apartado (ii), correspondiendo aclarar que éste ha firmado el acuerdo a tenor de la delegación de facultades del poder concedente estipuladas en el artículo 47, segundo párrafo, de la Ley 6835;

Que, alega que se encuentra impedida de mantener y operar el servicio de distribución de energía eléctrica en condiciones de calidad y regularidad, afrontando sus costos y obligaciones asociadas;

Que, al momento de acogerse al régimen dispuesto por la Resolución SEN 40/2021, y de manera previa a la firma del convenio que invoca erróneamente como incumplido, no mencionó la Distribuidora la existencia de desfasaje alguno que encontrara causa adecuada en los índices inflacionarios previos al 30 de Septiembre de 2020. Con mayor razón puede concluirse que con anterioridad a esa fecha no existe derecho alguno a enarbolar pretensión económica sobre tal argumento;

Que, no obstante las antojadizas aseveraciones explicitadas en las presentaciones mencionadas, corresponde igualmente rechazar las mismas puesto que entre Noviembre/2021 y hasta Diciembre/2023 el Valor Agregado de Distribución (en adelante VAD) fue correctamente actualizado a tenor de lo que dispusieron las Resoluciones ENRESP 1.800/2021 (57,17%); 615/2022 (60,60%) y 1219/2023 (146,69%), las que contemplaron los incrementos de costos del servicio con escalonamientos traducidos en porcentajes progresivos;

Que, dichas actualizaciones fueron dadas al amparo del régimen normativo vigente y en el marco de un proceso participativo de audiencia pública, cumpliendo con los principios tarifarios establecidos por la CSJN en la causa "CEPIS" (Fallos: 339:1077);

Que, en efecto, uno de esos principios en materia tarifaria que aquí importa destacar, es el fijado en el considerando 33) del citado fallo, donde se indica que la decisión tarifaria debe atender a la cuestión social imperante, asegurando una protección suficiente a los sectores más vulnerables. En tal sentido, la Corte dijo: "...el Estado debe velar por la continuidad, universalidad y accesibilidad de los servicios públicos, ponderando la realidad económico-social concreta de los afectados por la decisión tarifaria con especial atención a los sectores más vulnerables, y evitando, de esta forma, el perjuicio social provocado por la exclusión de numerosos usuarios de dichos servicios esenciales como consecuencia de una tarifa que, por su elevada cuantía, pudiera calificarse de ´confiscatoria´, en tanto detraiga de manera irrazonable una proporción excesiva de los ingresos del grupo familiar a considerar. Por lo demás, no debe obviarse que un cálculo tarifario desmesurado o irrazonable generará altos niveles de incobrabilidad y terminará afectando al mentado financiamiento y, por vía de consecuencia de este círculo vicioso, a la calidad y continuidad del servicio"

Que, no debe dejar de considerarse, además, la situación de emergencia económica y administrativa en el ámbito provincial y sus efectos en materia

de servicios públicos, considerando que las leyes 8299 y 8364 prorrogaron la vigencia de la leyes 7125 y 6583, siendo esta última normativa la que dispone -en su Título II, Capítulo 1, artículo 26, primera parte-, mantener el estado de emergencia en la prestación de los servicios públicos;

Que, en tales circunstancias fácticas y jurídicas, va de suyo que el ENRESP ha ejercido sus potestades tarifarias dentro de los márgenes legales impuestos por la necesidad de dotar de sustentabilidad y razonabilidad al servicio de distribución de energía eléctrica, en armonía con los principios de base constitucional referidos precedentemente;

Que, debe tenerse por probado entonces, que el Ente Regulador de los Servicios Públicos adoptó distintas medidas tendientes a actualizar los costos operativos eficientes de la tarifa, evitando de esa manera que la alteración de las variables económicas impactasen negativamente en la prestación del servicio y por ende en los usuarios, ejerciendo su potestad tarifaria con arreglo a la juridicidad propia de un Estado de Derecho;

Que, las Resoluciones ENRESP 1800/2021 y 615/2022 se encuentran firmes y consentidas, no habiendo sido atacadas en su sustancia. Sabido es que la Ley de Procedimientos Administrativos 5348/78 (en adelante L.P.A.) en su artículo 153 establece que los plazos administrativos obligan por igual y sin necesidad de intimación alguna a los agentes administrativos y a los interesados en el procedimiento, como también que el artículo 156 de este cuerpo normativo establece en relación a los plazos para recurrir que una vez vencidos hacen perder el derecho a interponerlos;

Que, el recurso que ataca la Resolución ENRESP 1.219/2023 y que tramita en Expediente 267-52.695/2023 no contiene mención alguna a la temática objeto de estos obrados, sino que comprende una diversidad de cuestionamientos relacionados con decisiones vinculadas con VNR, Costos de Explotación; Dotación Reconocida; Impuestos; Gastos de Gestión por Mora Reconocidos; Incobrables; Capital de Trabajo; Pérdidas y Factores de Pérdidas. De allí que no corresponde vincular su tratamiento con la compensación referida ab initio;

Que, respecto de la deuda por subsidios otorgados con financiamiento del Fondo Compensador Tarifario (FCT) cabe remarcar que el ENRESP ha dictado la Resolución 1484/2023 del 25 de Octubre de 2023 por la cual intimó a EDESA S.A. para que regularice la deuda exigible al 11/10/23 por un monto de $4.601.143.202,66 según

las conclusiones del Informe Técnico de la Gerencia Económica obrante en el Expediente n° 267-57.267/22 (fs. 95/100), haciendo conocer al Ministerio de Economía y Servicios Públicos sobre la afectación de la ecuación económica de la Distribuidora por la demora en la remisión de los fondos oportunamente transferidos a la Provincia de Salta por el Consejo Federal de Energía Eléctrica (artículo 2°);

Que, en el mismo orden de cumplimiento de las obligaciones impuestas a este organismo regulador, por la misma resolución se procedió a reconocer a favor de EDESA S.A. la suma de $904.388.197,23 en concepto de subsidios derivados de la aplicación de los Decretos Provinciales n°s. 38/2023 y 50/2023 y Resoluciones ENRESP n°s. 32/2023 y 192/2023, comprendiendo las bonificaciones de zonas cálidas y las reducciones tarifarias aplicadas, más los intereses no aplicados;

Que, por Resolución ENRESP n° 615/2022 se aprobó la implementación de compensaciones económicas a favor de los usuarios amparados por las Resoluciones SEN 40/2021 y 371/2021 a partir de Mayo de 2022 y por un monto total de $409.647.736,63;

Que, por Resolución ENRESP 1785/2022 se avalaron las rendiciones de cuentas efectuadas por EDESA S.A. y referidas a los créditos reconocidos a la Distribuidora por la Secretaría de Energía de la Nación, conforme Cláusula Segunda, incisos c) y d) del Acta Acuerdo suscripta entre Secretaría de Energía de la Nación, EDESA S.A. y ENRESP;

Que, por Resolución ENRESP n° 1.219/2023 se dio por concluida la Campaña de Medición de Curva de Demanda de Energía y Potencia de los usuarios del Servicio de Energía Eléctrica autorizada por Resolución ENRESP n° 1800/2021 e implementada entre Abril/2022 y Agosto/2023, la que se realizó con la asistencia de medidores inteligentes adquiridos con fondos obtenidos del convenio de regularización de deudas firmado con EDESA S.A. y la Secretaría de Energía de la Nación;

Que, a tenor de lo expresado es que no puede endilgarse al ENRESP incumplimiento contractual o legal alguno, ni atribuírsele la puesta en riesgo de la regularidad del cumplimiento del servicio a cargo de la Distribuidora;

Que, en contrario a la argumentado, el ENRESP actuó con debida diligencia cuando el 17 de Octubre de 2022 dictó la Resolución 1.336/2022 e intimó a EDESA S.A. al estricto cumplimiento de los pagos relacionados con la compra de energía y potencia respecto de la empresa CAMMESA, y en estricta correspondencia

con los períodos devengados, evitando cualquier compromiso financiero para la Provincia de Salta, bajo apercibimiento legal. Dicha Resolución se encuentra firme y consentida por la Distribuidora;

Que, a pesar de la contundencia con la que fue requerida, EDESA S.A. se limitó a cumplir con los convenios de financiación celebrados en el marco de la Resolución SEN n° 40/2021 y modificatorias, pero omitió efectivizar los pagos correspondientes a los meses de Septiembre, Octubre y Noviembre de 2023, adeudando a la fecha $7.324.593.630,86 según la intimación que le ha cursado CAMMESA mediante carta documento ingresada a la Distribuidora el 28/11/2023 según surge de la documentación que ella misma aporta;

Que, corresponde poner de resalto que EDESA S.A. ha reconocido expresamente en su presentación la existencia de la deuda, por lo que no puede sino concluirse que ha incumplido gravemente las obligaciones derivadas del contrato de concesión y lo ordenado mediante la Resolución ENRESP n° 1.336/22, por lo que resulta imperativo iniciar un procedimiento de aplicación de sanciones;

Que, en otro orden de incumplimientos, a tenor de lo que informa la Gerencia de Energía Eléctrica del ENRESP no ha cumplido con los Planes de Inversión Obligatoria (PIO) correspondientes a los años 2019, 2020, 2021 y 2022, evidenciando una inercia de retracción de inversiones creciente;

Que, a los efectos de establecer la deuda vinculada con la omisión de tales inversiones, más los respectivos intereses, es que corresponde ordenar a las Gerencias Económica y de Energía Eléctrica del ENRESP que procedan a practicar auditoría a fin de determinar el estado de obras y los saldos pendientes de inversión y disponer lo pertinente una vez que se arrimen las conclusiones pertinentes;

Que, no pasa desapercibida la insinuación de la Distribuidora de que no podría garantizar la prestación del servicio en caso de que no se reconociera la inexistente deuda, o que no se procuraran recursos para sanear el estado de morosidad para con CAMMESA, por lo que corresponde pregonar en esta instancia que no existen elementos que habiliten a la invocación de una excepción de incumplimiento contractual que sitúe como culpable al Estado Provincial que es el concedente del Servicio, ni a este Ente Regulador de los Servicios Públicos;

Que, por el contrario, los elementos aportados permiten sostener sin hesitación que es EDESA S.A. la que sin justificación legal adeuda a CAMMESA la suma

de $7.324.593.630,86 solamente en relación a los meses de Septiembre a Noviembre de 2023, mientras que la Gerencia Económica de este organismo ha puesto en evidencia que el total de la deuda –exigible y no exigible- que mantiene EDESA S.A. con CAMMESA al 11 de Octubre de 2023 por planes de pago y posiciones mensuales, se eleva a $31.087.772.084,44 (capital e intereses incluidos);

Que, a esta conclusión se arriba de considerar que durante el último año se atravesó por un proceso de Revisión Tarifaria Integral (RTI) cuyas conclusiones no ponen en evidencia compromiso económico por distancia entre el costo real del servicio y las tarifas de las que se alimenta, habiéndose otorgado actualizaciones que no fueron recurridas;

Que, el servicio público esencial concedido a EDESA S.A. se enmarca en una contratación administrativa donde rige el "principio de continuidad". Tal postulado excluye en principio, la posibilidad de aplicar supletoriamente la regla *exceptio non adimpleti contractus* y los principios que la sustentan, ya que en el ámbito de este tipo de contrataciones públicas ello se encuentra restringido;

Que, a ello debe agregarse que dada la situación sometida a examen corresponde que la vinculación contractual también se analice con el interés predispuesto en el equilibrio contractual que no está afectado puesto que la Distribuidora mantuvo las tarifas actualizadas y preservó su ecuación económica, como también a la luz del principio de buena fe que se advierte lesionado por la invocación por EDESA S.A. de una deuda inexistente sobre la cual cabalga el alegato de imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones a cargo de la concesionaria del servicio;

Que, la doctrina es conteste en que, como principio general, el co-contratante no puede dejar de cumplir sus obligaciones bajo el amparo de esta hipótesis legal –excepción de incumplimiento contractual- aun cuando fuere recíproco el incumplimiento. Ello, porque existe un interés público a satisfacer, y el co-contratante que ha aceptado colaborar con la Administración en esa satisfacción, debe cumplir con el deber a su cargo.

Que, se ha sostenido acertadamente que la inoponibilidad de la exceptio en una concesión servicios públicos obtiene sustento jurídico en los contratos de concesión de un servicio público en los cuales existe una relación tripartita Estado concedente - concesionario - usuario, donde la principal prestación que recibe el concesionario (tarifa) proviene del usuario, no del Estado" (Mairal, Héctor A., De la

peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo, ED, 179-655; García Sanz, Agustín A. M., "La exceptio non adimpleti contractus en la emergencia económica: ¿Es la propiedad un bien jurídicamente protegido en la Argentina?"). Aquí su procedencia es todavía más restrictiva, por el carácter monopólico que en general se otorga la concesión, no existiendo libertad de elección del usuario frente a un servicio cautivo (Diana, Nicolás, "La excepción de incumplimiento en la concesión de servicios públicos", La Ley 2008-D, 85642);

Que, por lo expuesto corresponde rechazar los planteos formulados por EDESA S.A. e intimarla a la inmediata regularización de su deuda con CAMMESA bajo apercibimiento de iniciar procedimiento sancionatorio, encuadrando la conducta en la hipótesis de infracción muy grave conforme lo previsto por el artículo 4 de la Resolución ENRESP 616/2022 que establece: *"Se considerarán Infracciones Muy Graves ... aquellas que importen un riesgo cierto e inminente con capacidad de afectar gravemente la prestación de los servicios regulados."*;

Que, corresponde dictar el instrumento legal pertinente;

Por ello,

EL DIRECTORIO DEL ENTE REGULADOR

DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°: RECHAZAR por manifiestamente improcedente el pedido de compensación formulado por EDESA S.A. en los expedientes administrativos n°s 267-57.874/2023 s/ Auditoría de Facturación del Servicio de Energía Eléctrica Período Diciembre 2022 – Departamento Orán y San Martín; 267-60.071/2023 s/ Compensación por Situación Tarifaria.

ARTÍCULO 2°: ORDENAR a la Gerencia Económica, que en conjunto con la Gerencia de Energía Eléctrica practiquen auditoría sobre el cumplimiento de planes de inversión obligatoria correspondiente a los períodos 2.020 a 2023. Las conclusiones de la misma deberán ser elevadas al Directorio en el plazo de 30 (treinta) días.

ARTÍCULO 3°: INTIMAR a EDESA S.A. para que en el plazo de 10 (diez) días acredite el cumplimiento de las obligaciones de los pagos relacionados con la compra de energía y potencia respecto de la empresa CAMMESA, y respecto de los períodos Septiembre, Octubre y Noviembre de 2023, bajo apercibimiento de iniciar Proceso de Aplicación de

Sanciones, encuadrando su accionar como eventual infracción muy grave según lo dispuesto por el artículo 4° de la Resolución n° 616/2022.

ARTÍCULO 4°: PUBLÍQUESE en el Boletín Oficial, notifíquese a la interesada y remítase nota de estilo con copia de la presente Resolución a la Secretaría de Energía de la Nación.-

ENTE REGULADOR DE LOS SERVICIOS PUBLICOS - SALTA -

C.M.O.
Dr. CESAR MARIANO OVEJERO
A/C SECRETARIA GENERAL
ENTE REGULADOR DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

C.H.S.
Dr. CARLOS H. SARAVIA
PRESIDENTE
ENTE REGULADOR DE LOS SERVICIOS PUBLICOS